



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

WESLEY SANTOS FONTINELE

**A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DANOS CAUSADOS PELO
CANCELAMENTO INDEVIDO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA
DECORRENTE DOS EFEITOS DA ALTA PROGRAMADA**

Brasília
2014

WESLEY SANTOS FONTINELE

**A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DANOS CAUSADOS PELO
CANCELAMENTO INDEVIDO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA
DECORRENTE DOS EFEITOS DA ALTA PROGRAMADA**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em nível de especialização em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário

Orientador: Prof. Dr. André Pires Gontijo

Brasília
2014

WESLEY SANTOS FONTINELE

**A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DANOS CAUSADOS PELO
CANCELAMENTO INDEVIDO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA
DECORRENTE DOS EFEITOS DA ALTA PROGRAMADA**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de
Pós-graduação *Lato Sensu* em nível de
especialização em Direito do Trabalho e
Direito Previdenciário

Orientador: Prof. Dr. André Pires Gontijo

Brasília, ____ de _____ de 2012.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Nome completo

Prof. Dr. Nome completo

***“(...) se há boa vontade, será aceita conforme o que o homem tem e não segundo o que ele não tem.
Porque não é para que os outros tenham alívio, e vós, sobrecarga; mas para que haja igualdade (...)”
(2ª Coríntios 8:12-13)***

RESUMO

O objetivo desta pesquisa é examinar a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos decorrentes do instituto da alta programada (ou DCB – data da cessação do benefício). Autorizada pelo Decreto nº 5.844, de 13 de julho de 2006, a alta programada é um procedimento por meio do qual é calculada uma estimativa do tempo necessário para que o segurado, afastado de sua atividade laboral por alguma enfermidade/lesão, retorne ao trabalho. Transcorrido esse tempo o benefício é cancelado, mesmo que a incapacidade laborativa do segurado permaneça. Importa ressaltar o entendimento pacífico quanto à natureza alimentícia dos benefícios previdenciários. Após a realização de um estudo histórico, principiológico, doutrinário e sistemático é possível constatar a inconstitucionalidade e a ilegalidade deste procedimento, haja vista sua violação aos direitos e garantias fundamentais sociais, além de flagrante afronta a princípios basilares, como o da dignidade da pessoa humana, da garantia do mínimo existencial e da vedação ao retrocesso. Oportunamente surge o questionamento, à luz do bom senso e de valores humanos, acerca da entronização da reserva do possível como fator limitador da efetivação dos direitos sociais. O estudo também destaca o Projeto de Lei do Senado nº 89/2010, que propõe a extinção do sistema de alta programada. Ao final, com a corroboração da doutrina analisada e da jurisprudência majoritária é possível confirmar não somente os vícios constitucionais e legais da alta programada, como também a possibilidade do segurado prejudicado por esse ato administrativo ser indenizado pelos danos que lhe sobrevierem, com base na responsabilidade extracontratual da administração pública.

Palavras-chave: Previdenciário. Auxílio-Doença. Alta programada. Cancelamento indevido. Responsabilidade civil do Estado.

ABSTRACT

The objective of this research is to examine the objective liability of the State for damages resulting by the Institute of programmed-discharged (or date of benefit's cessation). Authorized by Decree No. 5844 of 13 July 2006, the programmed-discharged is a procedure which is calculated an estimate of the time required for the insured, away from their work activity by an illness/injury, return to his work. After elapsed time, the benefit is canceled, even though the labor disability of the insured remains. After conducting a historic, principiológico, doctrinal and systematic study, it is possible to see the unconstitutionality and illegality of this procedure, and its violation of fundamental rights and social guarantees too, as a flagrant affront to basic principles such as the dignity of the human person and by ensuring the existential minimum and fencing the setback. The timely question in light of common sense and human values, about the enthronement of booking as possible limiting factor in attaining social rights arises. The study also highlights the bill's Senate n°. 89/2010, proposing the termination of high-scheduled system. At the end, with the corroboration of the analyzed doctrine and jurisprudence majority can confirm not only the constitutional and legal vices of scheduled high, but also the possibility of hurt by that administrative action be compensated for damages that the insured will transpire based on responsibility tort of public administration.

Key words: Social Insurance. Sickness- assistance. Programmed-Discharged. Improper cancellation. Liability of the State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. ANÁLISE MNEMÔNICA PRELIMINAR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	10
1.1. Da Percepção Histórica, Filosófico-Normativa, Estrutural e Dogmática dos Direitos Fundamentais Sociais.....	12
1.1.1. Da Percepção Histórica dos Direitos Sociais	13
1.1.2. Da Percepção Filosófico-Normativa e Estrutural dos Direitos Sociais	15
1.1.3. Da Percepção Dogmática dos Direitos Sociais.....	22
1.2. O Direito Social à Felicidade como Parâmetro de Efetivação dos Direitos Sociais	24
2. A SEGURIDADE SOCIAL NA HISTÓRIA.....	27
2.1. A Previdência Social no Âmbito Internacional e Nacional	29
2.2. O Direito Previdenciário como um Direito Público Subjetivo	32
2.3. O Benefício de Auxílio – Doença.....	33
3. O INSTITUTO DA ALTA PROGRAMADA (COPES)	34
3.1. Da Inconstitucionalidade e da Ilegalidade da Alta Programada	36
3.2. Projeto de Lei do Senado Prevê Extinção da Alta Programada.....	40
4. A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR DANOS PROVOCADOS PELO INSTITUTO DA ALTA PROGRAMADA.	41
4.1. Responsabilidade Civil do Estado no Direito Previdenciário	42
4.2. A Configuração dos Danos Materiais e Morais Causados pela Alta Programada	46
5. A JUDICIALIZAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA.....	50
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

O intuito desta pesquisa acadêmica visa abordar a teoria da responsabilidade objetiva da administração pública resultante da não efetivação de direitos fundamentais sociais, considerando, especificamente, os fenômenos provocados pela regra da “alta programada” (ou DCB – data da cessação do benefício), prevista no art. 1º do Decreto nº 5.844, de 13 de julho de 2006, que alterou o art. 78 do Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999.

O conceito da alta programada consiste na fixação de um prazo médio para fruição do benefício de auxílio-doença, estimando-se o tempo necessário para a recuperação da saúde de um segurado que esteja recebendo o benefício. Tal prazo é concebido mediante alguns critérios adotados pela administração pública, considerando-se, inicialmente, o parecer do perito médico do INSS. Nesse parecer é identificado o código CID (classificação internacional de doenças) correspondente à enfermidade ou lesão diagnosticada. Posteriormente, faz-se uma avaliação hipotética do período necessário para a recuperação do segurado, baseada em estudos estatísticos elaborados por um software específico utilizado pela autarquia federal. Ao final é predeterminado o período em que o segurado fruirá do benefício, pois desde o início se consigna expressamente a data final para cessação do mesmo, sem a necessidade de reavaliação pericial.

A justificativa declarada pela autarquia federal para o procedimento da alta programada seria acelerar o agendamento das perícias médicas, que proporcionaria a diminuição das filas de espera. É que, como dito acima, o cancelamento automático dos benefícios de auxílio-doença pela alta programada dispensa a remarcação de nova perícia médica. Nesse caso, se o segurado ainda estiver inabilitado para o trabalho terá que requerer novo benefício, sendo encaminhado para o “final da fila”. A autarquia também alega que essa medida evitaria fraudes contra a previdência social, provenientes de pagamentos indevidos de benefícios àqueles que não mais lhes fazem jus.

Diante disso, a questão que surge diz respeito ao fato de que muitos segurados têm seus benefícios cancelados pela alta programada, quando ainda não estão reabilitados para retornar ao trabalho. A adoção desse expediente tem gerado inúmeros problemas aos segurados, que ficam sem condições de prover sua

subsistência, pois o benefício é a sua renda. Por sorte, a legislação previdenciária determina que os benefícios sejam pagos até a total recuperação da enfermidade/lesão do segurado, como será visto adiante. Logo, surgem as seguintes questões: a alta programada é um procedimento convalidado pela legislação previdenciária? O que pode ser dito quanto à sua constitucionalidade, ante os direitos e garantias fundamentais? De quem é a responsabilidade pelos danos materiais e morais suportados pelo segurado em decorrência do cancelamento indevido do benefício de auxílio-doença?

Delimitado acima o foco principal desta pesquisa, será apresentada uma visão demonstrativa e prospectiva da possibilidade de obter-se a tutela jurisdicional nesses casos, condenando a administração pública a reparar os danos decorrentes do cancelamento indigno do benefício de auxílio-doença.

O estudo ora expendido discorrerá sobre os aspectos sociais, jurídicos, políticos e administrativos envolvidos nesta matéria. No bojo da pesquisa, portanto, pretende-se demonstrar a existência da responsabilidade extracontratual do Estado por danos causados ao segurado, decorrentes dos efeitos da alta programada.

Preliminarmente, porém, abordar-se-á os direitos fundamentais sociais (no que tange sua concepção, relevância social e tratamento lhes atribuído), enfatizando a dualidade entre a tutela normativa e a condição do serviço prestado pela administração pública. Nessa conjuntura, será dado um enfoque ao direito social à felicidade, como um parâmetro de efetivação dos direitos sociais.

Posteriormente, o estudo concentrar-se-á no exame do instituto da alta programada, na seara do direito previdenciário, destacando a arbitrariedade praticada pela administração pública através desse instituto. Oportunamente, considerando os efeitos dessa regra, será feita uma análise acerca do conflito entre a teoria do mínimo existencial e a reserva do possível inerente a esta discussão.

A exposição contará com o auxílio da doutrina jurídica e econômica, referendada por autores renomados, dentre eles José Afonso Silva, Sarlet, Gerardo Pisarello, Cançado Trindade, Gilmar Mendes, Canotilho, Cavalieri, Duguit, Amartya Sen e William Beveridge.

Ao final, será feita uma análise, por amostragem, das demandas judiciais em curso e a da jurisprudência que atualmente trata da matéria.

1. ANÁLISE MNEMÔNICA PRELIMINAR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O surgimento dos direitos sociais é, geralmente, associado pelos historiadores aos principais eventos históricos ocorridos no século XIX. Em resumo, a narrativa história tradicional preconiza que, após o período das Revoluções americana e a francesa no fim do século XVIII, que resultaram no fim do absolutismo estatal, a interferência arbitrária do Estado na liberdade individual e econômica da sociedade foi rechaçada.

Em seguida, a Revolução Industrial e o advento do liberalismo político e econômico no início do século XIX, ensejaram a intensificação da postura abstencionista do Estado, impulsionada pelo desproporcional favorecimento legislativo governamental às indústrias manufatureiras em detrimento da população operária. Esse desequilíbrio resultou em um total descaso para com os problemas sociais e na concentração das riquezas no setor industrial, que acumulava lucros exacerbados decorrentes da exploração da mão-de-obra operária, enquanto a sociedade padecia na miséria. Nesse cenário de abandono, em deflagraram-se diversas revoltas sociais, principalmente de movimentos trabalhistas.

Diante do crescente movimento da classe operária, inspirada por ideais socialistas, e a resultante crise do capitalismo, o Estado foi forçado a ceder, sendo compelido a exercer função ativa para a realização da justiça social exigida pela sociedade, que resultou na convolação do Estado de Direito para o Estado Social de Direito.

Nesse momento surgem os direitos fundamentais de “segunda geração/dimensão”¹, denominados direitos sociais – os que exigem prestações positivas do Estado, com o fito de atender as necessidades coletivas da sociedade,

¹ Conceitos opostamente defendidos por diversos juristas mundialmente. Para Norberto Bobbio, por exemplo, a nomenclatura correta é “geração”, por ocasião do reconhecimento cronológico que a história confere aos direitos fundamentais, assim como em razão do seu caráter cumulativo evolucionário e de sua natureza subdividida. De outro lado, Wolfgang Sarlet e Cançado Trindade criticam veementemente esta definição, afirmando que “dimensões” é a expressão mais acertada, em virtude da necessidade de se entender os direitos fundamentais como uma unidade indivisível e mutuamente inclusiva no contexto do direito constitucional. Para eles, a sedimentação ou compartimentação dos direitos fundamentais inviabiliza sua máxima efetivação, conferindo ao Estado a justificativa de uma implementação parcial. Esta simples divergência pode ser considerada um ponto de partida para o desenvolvimento de toda a discussão neste trabalho, como ficará demonstrado ao longo do mesmo.

como: saúde pública; assistência social; educação; segurança; e proteção à classe trabalhadora. Ainda hoje, essa dimensão dos direitos fundamentais tem o objetivo de diminuir as desigualdades sociais, nos termos dispostos pela norma constitucional, regulados pela legislação infraconstitucional, bem como através das políticas públicas adotadas pelo Estado.

Entretanto, em que pese o valor desses dados históricos, o estudo histórico-jurídico dos direitos sociais não pode ser limitado à observação dos eventos e desdobramentos oriundos dos movimentos sociais do século XIX, tampouco às definições que os apresentam como meros direitos igualitários. Para a efetivação desses direitos, a conduta administrativa da autarquia de previdência social há de ser pautada pelos valores sociais fundantes desses princípios, o que não tem ocorrido em relação ao instituto da alta programada para cessação de benefício.

1.1. Da Percepção Histórica, Filosófico-Normativa, Estrutural e Dogmática dos Direitos Fundamentais Sociais

Os direitos fundamentais são normas que buscam instrumentalizar o equilíbrio da relação entre sociedade e o Estado, ora protegendo o indivíduo da atuação deste, ora impondo-lhe o dever de agir em favor daquele, de modo que sua importância é essencial para a manutenção da vida em sociedade e do próprio Estado democrático de Direito.

Os direitos sociais são habitualmente compreendidos como normas constitucionais que visam à redução da desigualdade social e a promoção do bem-estar social, pelas prestações positivas do Estado. Eles pertencem ao núcleo de direitos fundamentais, assim como os direitos civis e políticos.

Todavia, a alegação de que os direitos sociais são direitos meramente prestacionais impinge-lhe, por conseguinte, uma falsa aparência dispendiosa, dificultando e algumas vezes impossibilitando sua efetivação pela administração pública. Entretanto, quando lhe é feito um contraponto com os direitos civis e políticos, nos deparamos com afirmações falaciosas de que estes, por serem obrigações negativas, de abstenção, não exigem tantos recursos do Estado, ou seja, são direitos com baixo custo de implementação, ante a modicidade dos recursos necessários. Eis aqui uma das principais visões pregadas pelo liberalismo clássico. Dessa forma, a imagem dos direitos sociais é maculada e sua aplicabilidade é menosprezada.

Esse contexto ideológico liberal exige que o estudo adentre, mais especificamente, a análise dos direitos sociais e sua coexistência com os direitos civis e políticos, destacando a intensa divergência entre aqueles que os enxergam de maneira fragmentada e isolada; e aqueles que os discernem de modo indivisível e convergente. É o que se fará a seguir.

1.1.1. Da Percepção Histórica dos Direitos Sociais

Embora sejam entendidos como uma indispensável parte integrante do núcleo de direitos fundamentais, na prática, os direitos sociais, bem como suas correspondentes políticas públicas, comumente entendidas como prestações/obrigações positivas do Estado, são constantemente menoscabados em face dos direitos civis e políticos (prestações/obrigações negativas). De acordo com constitucionalista Gerardo Pisarello, a depreciação sofrida pelos direitos sociais decorre, em boa parte, da equivocada abordagem dada por alguns estudiosos acerca de seu surgimento histórico. Deste modo, o autor aduz:

Tanto en la historia del Derecho como en la sociología jurídica, la percepción dominante de los derechos sociales es posiblemente la que los considera parte de una generación posterior a los civiles y políticos. Conforme a ella, los derechos sociales serían los que vinieron después de los civiles y políticos o, en términos más funcionalistas, los que vendrán una vez que los derechos civiles y políticos, incluidos los derechos patrimoniales, sean satisfechos. Pese a su amplia difusión pedagógica, esta representación se asienta en presupuestos que tienden a ser restrictivos, excluyentes y deterministas y a justificar, en último término, una protección devaluada de los derechos sociales.²

Sendo assim, os direitos sociais são convenientemente vistos como direitos tardios, e necessariamente vinculados apenas às camadas desfavorecidas da sociedade, sendo vilipendiados por força dos interesses descomunais do poderio econômico das classes nobres e empresariais.

No entanto, sob esta mesma ótica, os direitos sociais devem ser entendidos como resultado de conquista social, mesmo que sejam considerados cronologicamente posteriores aos direitos civis e políticos. Aprofundando o estudo histórico dos direitos sociais, constata-se que mesmo em sociedades mais antigas, conceitos de caridade e beneficência eram concebidos e incentivados pela cultura popular daqueles tempos. No Antigo Império Romano, por exemplo, existiam mecanismos institucionais, civis e estatais, que promoviam certo nível de assistência às populações mais pobres. Pisarello, inclusive, afirma que:

² PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción**. Madrid: Trotta, 2007, p. 19.

En ocasiones, estos mecanismos podían tener un sentido democratizador e igualitario, como ocurría con las ayudas que garantizaban, en la polis ateniense, el acceso a baños públicos, a la cultura o al ejercicio mismo de la participación política, o con las primeras leyes agrarias y de granos que aseguraban el acceso a la tierra o a una cantidad mínima de alimentos en la Roma republicana.³

Destarte, percebe-se que a evolução histórica dos direitos sociais não se limita apenas aos eventos revolucionários ocorridos no século XIX. Antes, são valores sociais apregoados nas mais antigas civilizações, que tinham o condão de lidar com os impactos sociais gerados pela pobreza e desigualdade. Logo, não obstante a força com que esses movimentos sociais tenham impulsionado o reconhecimento mais amplo desses direitos, não se pode olvidar que sua preexistência nos remete a tempos muito mais antigos.

Como efeito, os direitos sociais não podem permanecer esculpidos como mera representação de um idealismo ou de um direito simbólico em virtude de sua historicidade. Tais direitos, por um lado, emanam da própria natureza humana; por outro, foram alcançados através de muitas lutas e integram o rol dos direitos fundamentais mais custosos já conquistados pela sociedade. Apesar disso, são também os direitos que encontram os maiores entraves para sua concretização.

³ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción**. Madrid: Trotta, 2007, p. 20.

1.1.2. *Da Percepção Filosófico-Normativa e Estrutural dos Direitos Sociais*

A definição de direitos fundamentais encontra esteio nos mais variados campos de estudos jurídicos. Diante desta riqueza de pesquisas e publicações sobre esse assunto, é salutar definir uma linha de raciocínio específica a fim de balizar o campo de investigação ora proposto.

Diversos autores se debruçaram sobre o estudo dos direitos fundamentais, de maneira que defini-los não é tarefa simplória. No entanto, mesmo correntes reconhecidamente antagônicas, como o positivismo e o jusnaturalismo, em uma análise híbrida nos trazem definições elucidativas. José Afonso da Silva, por exemplo, leciona que:

Os direitos fundamentais são, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o ordenamento jurídico concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo “fundamentais” acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.⁴

Por sua vez, para o jusnaturalista Norberto Bobbio os direitos fundamentais (para ele sinônimo de direitos do homem) são inerentes à natureza humana, sendo apenas reconhecidos pelo Estado e não outorgados. Para ele, pois, são “fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano”⁵. Estes direitos estão vinculados à condição humana, sendo inelidíveis e essenciais para sua existência. Logo os direitos fundamentais, na visão deste autor, são os direitos humanos que receberam a tutela normativa. Nessa mesma esteira, Canotilho também afirma:

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); Direitos Fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente.⁶

⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 178.

⁵ BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 2.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 359.

Diante disso, no que tange os direitos sociais, qualquer intenção de entendê-los como direitos menores ou menos importantes que os demais não deve prosperar. As principais correntes doutrinárias, bem como os estudos dos direitos fundamentais mais renomados, facilmente reconhecem a importância e, ao mesmo tempo, a insensibilidade dirigida à materialização dos direitos sociais. Gilmar Mendes, em contundente reflexão, abordou esta questão nos seguintes termos:

Diante deste quadro, em que pesem o idealismo e o entusiasmo dos que se batem pela causa dessa geração de direitos, a ponto de afirmarem que “a interpretação dos direitos sociais não é uma questão de lógica, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo”, a despeito desse generoso engajamento, forçoso é reconhecer que a efetivação desses direitos não depende da vontade dos juristas, porque, substancialmente, está ligada a fatores de ordem material, de todo alheios à normatividade jurídica e, portanto, insuscetíveis de se transformarem em coisas por obra e graça de nossas palavras.⁷

Voltando ao enfoque desse estudo, no tocante aos direitos sociais no cenário brasileiro, é surpreendente o modo insensível com o qual tem sido conduzida sua concretização pelo poder público. Assim, mesmo diante da vasta carência social por sua efetividade, os direitos sociais têm sido relegados a último plano, ainda que ostentem status de direito fundamental constitucional e gozem de uma ampla tutela por força da legislação infraconstitucional.

Quanto ao aspecto axiológico, parte da doutrina atesta que os direitos civis e políticos estão associados à garantia de liberdade, ao passo que os direitos sociais estão ligados à garantia de igualdade. Diante desta dicotomia e da perceptível preeminência efetiva que aqueles direitos recebem em detrimento deste, é mister sopesar o valor de cada garantia mencionada. Logo, o que é mais importante, liberdade ou igualdade? Será possível atribuir maior valor à liberdade do que à igualdade, ou vice-versa?

Pisarello, aborda a estrutura conceitual de liberdade (negativa e positiva), em notável lição:

Ciertamente, también la noción de libertad es problemática y puede encerrar diferentes significados. Así, al igual que ocurre con la noción de dignidad, se ha querido distinguir en el valor libertad tanto una dimensión negativa como una dimensión positiva. La libertad negativa configuraría una esfera de inmunidad caracterizada por la ausencia de interferencias arbitrarias por

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 712.

parte del Estado o de otros actores privados. La libertad positiva, en cambio, estaría ligada a la posibilidad de definir planes de vida propios y a participar en la construcción de los asuntos públicos. Aunque se ha querido plantear una contradicción de fondo entre estas dos vertientes de la libertad, es posible pensarlas como elementos complementarios del concepto más amplio de libertad fáctica o real, cuyo núcleo incluye la protección de derechos sociales⁸.

Com efeito, sob o prisma desse autor, os direitos sociais não somente promovem a redução da desigualdade, como também interagem com os direitos civis e políticos, complementando as liberdades individuais e coletivas. Ao vislumbrar essa tese, o antagonismo entre libertários e igualitários desvanece em certo sentido, principalmente no ponto em que se verifica a possibilidade de uma perfeita harmonização entre a liberdade e a igualdade, tanto conceitual quanto material.

Nessa esteira, o laureado economista Amartya Sen afirma que a visão usualmente apregoada acerca da relação entre liberdade e igualdade é completamente falha, pois os libertários entendem a igualdade como um fator restritivo da liberdade, ao passo que os igualitários percebem a liberdade como um estimulador de desigualdades. Sobre o tema, o nobelista adverte:

De fato, estritamente falando, apresentar o problema nos termos deste último contraste reflete um "erro de categoria". Elas não são alternativas. A liberdade está entre os possíveis *campos de aplicação* da igualdade, e a igualdade está entre os possíveis *padrões de distribuição* da liberdade.⁹

A lógica contida nessas palavras propõe uma releitura sobre a conceituação de liberdade e igualdade em virtude da crescente urgência da integração pragmática entre estes valores. Para exemplificar a questão, basta indagar se é possível fruir da liberdade quando necessidades básicas não são atendidas. É possível, v.g., que um cidadão goze sua liberdade tendo de aguardar horas, senão dias, na fila de espera para receber atendimento de um serviço público? Sobretudo quando esse atendimento é vital para sua saúde, segurança e/ou desenvolvimento? Inegavelmente, promover a igualdade é pressuposto para o alcance da liberdade, sendo esta também indispensável para a efetivação daquela. Em outras palavras, na esfera do Estado Democrático de Direito, não é possível usufruir de uma sem a outra.

⁸ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción**. Madrid: Trotta, 2007, p. 43.

⁹ SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p.54.

Por oportuno, é imprescindível a discussão acerca da estrutura dos direitos sociais, ao designarmos a natureza obrigacional que dele decorre e seus efeitos. O tópico antecedente trouxe uma análise inicial da classificação dos direitos sociais como direitos prestacionais, dos quais decorrem as obrigações positivas do Estado. Como dito, essa definição imputa aos direitos sociais uma aparência demasiadamente onerosa, principalmente quando comparados aos direitos civis e políticos, considerados como obrigações negativas. O teor desta argumentação se funda em uma falácia, qual seja, de que obrigações positivas geram maiores custos para os cofres públicos que as obrigações negativas. À primeira vista, parece haver mérito nesta proposição, pois é dizer que o Estado gasta mais agindo do que se abstendo. Ou seja, segundo essa tese, é muito mais custoso, por exemplo, investir na infraestrutura da saúde pública (direitos sociais) do que fazer concessões para o funcionamento de hospitais particulares ou autorizar a comercialização de planos de saúde (direitos civis). Ainda que estas definições estejam tecnicamente corretas, a forma como são dispostas induz a uma conclusão equivocada, senão vejamos.

Mesmo que os direitos sociais sejam entendidos como obrigações positivas (prestacionais), deles também podem decorrer obrigações negativas (abstencionistas). De igual modo, os direitos civis e políticos não comportam apenas obrigações negativas, mas também positivas. Aqui se destacam as lições de Pisarello, que corroboram essa opinião, nos seguintes termos:

Del mismo modo, si los derechos sociales son, en efecto, derechos positivos, de prestación, ello no obsta a que puedan comportar, también, deberes negativos, de abstención. Así, el derecho a una vivienda digna consiste no sólo en el derecho a acceder a una unidad habitacional de protección pública, sino también en el derecho a no ser desalojado de manera arbitraria o a no ser objeto de cláusulas abusivas en los contratos de alquiler. El derecho a la salud, igualmente, no puede reducirse al otorgamiento estatal de medicinas gratuitas o a bajo precio, ya que incluye, además, deberes negativos como el de no contaminación o el de no comercialización de productos en mal estado. Ni el derecho al trabajo, como ha puesto de relieve la doctrina iuslaboralista, se agota en el derecho a acceder a un empleo digno, sino que supone, entre otras cuestiones, la interdicción de los despidos injustificados o el respeto por la libertad de expresión de los trabajadores.

Muchas de estas obligaciones negativas, en efecto, no implican grandes desembolsos financieros ni dependen tanto, contra lo que suele plantearse, de la reserva de lo económicamente posible. Es más, existen obligaciones positivas vinculadas a la satisfacción de derechos civiles, políticos y sociales que tienen que ver no con prestaciones fácticas, sino con prestaciones normativas, como el dictado de una ley, un reglamento o, simplemente, de un marco regulatorio que garantice la seguridad jurídica en el disfrute del derecho. Entre las prestaciones fácticas, por su parte, existen algunas, como la provisión de información sobre programas públicos, o el

establecimiento de mecanismos adecuados de consulta y participación, que no tienen un coste exorbitante y son, sin embargo, de importancia central para la satisfacción del derecho¹⁰.

Portanto, é insidioso o argumento de que a efetivação dos direitos sociais possuem custos mais elevados que os direitos civis e políticos, pois, em linhas gerais, ambos são relativamente onerosos.

Ademais, para o mencionado autor, a interação destes direitos converge para a concretização da liberdade fática ou real, a fim de “satisfazer as necessidades básicas que permitem desfrutar de maneira estável e sem intervenções arbitrárias ou abusivas da própria autonomia.”¹¹. Outrossim, os direitos sociais devem ser entendidos como ferramentas imprescindíveis para o fortalecimento da liberdade, emergindo do mero plano normativo e materializando-se através de políticas públicas eficientes. Nesse contexto, o professor continua:

No existiría, por tanto, una contraposición entre derechos sociales y derechos de libertad, o entre derechos sociales y derechos de seguridad. Los derechos sociales, por el contrario, aparecerían como instrumentos indispensable para dar a la libertad un contenido real y estabilidad en el tiempo, asegurando las condiciones materiales que la posibilitan tanto en la esfera privada como en los procedimientos públicos de toma de decisiones.¹²

Conquanto a Constituição da República Federativa do Brasil tenha notadamente escudado os direitos sociais tanto quanto os direitos civis e políticos, ao se considerar a proporção das políticas públicas adotadas pelo Estado, nota-se que aquelas voltadas para a efetividade de direitos libertários (civis e políticos) são incomparavelmente mais numerosas e bem sucedidas que as políticas públicas direcionadas aos direitos igualitários. Este é o problema causado pela visão geracional dos direitos sociais (ver nota de rodapé nº1).

A esse respeito, o jurista Cançado Trindade, em severa crítica a sedimentação dos direitos fundamentais, expõe os efeitos negativos da visão geracional:

Nunca é demais ressaltar a importância de uma visão integral dos direitos humanos. As tentativas de categorização de direitos, os projetos que

¹⁰ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción**. Madrid: Trotta, 2007. p. 61.

¹¹ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción**. Madrid: Trotta, 2007. p. 45.

¹² PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción**. Madrid: Trotta, 2007p. 45.

tentaram - e ainda tentam - privilegiar certos direitos às expensas dos demais, a indemonstrável fantasia das "gerações de direitos", têm prestado um desserviço à causa da proteção internacional dos direitos humanos. Indivisíveis são todos os direitos humanos, tomados em conjunto, como indivisível é o próprio ser humano titular desses direitos.¹³

Isso se constata na medida em que o Estado prioriza o pagamento dos juros da dívida pública, inclusive realocando recursos de outras áreas e, conseqüentemente, preterindo o acesso da população aos direitos sociais, tais como: saúde; educação; trabalho; segurança; e previdência social.

Tal comportamento é influenciado pelas tendências liberais que comandam as relações comerciais, econômicas e políticas, tanto internamente quanto externamente. É precisamente nesse ponto que reside o embate entre a teoria da reserva do possível frente à vergastada teoria do mínimo existencial. De um lado, o Estado alega não haver recursos suficientes para suprir as necessidades sociais de maneira satisfatória, limitando-se a atendê-las parcialmente. De outro, os direitos e garantias fundamentais, devidamente assentados em princípios constitucionais, impõem ao Estado o dever de garantir a máxima efetivação para concretização do mínimo existencial. Diante disso, deve a administração pública maximizar o acesso a esses direitos essenciais, indispensáveis à vida, à integridade e à dignidade humana. Desse modo, a mitigação conceitual e prática do mínimo existencial em prevalência da reserva do possível é desumana, além de ser uma das causas de vários problemas sociais, tais como a violência, a pobreza, a fome e o analfabetismo. Mormente, o mínimo existencial não pode ser mitigado à condição de mínimo vital.¹⁴

Em verdade, a inexistência de critérios de priorização política é o grande causador destes males. Infelizmente, a razão da não efetivação dos direitos sociais decorre da péssima gestão estatal, agravada pela ineficiência burocrática do Poder Executivo, a insensibilidade do Poder Legislativo e a morosidade do Poder Judiciário.

Para Andréas Krell, a reserva do possível é falaciosa no tocante às justificativas arguidas pela administração pública. Afirma o autor:

¹³ TRINDADE, Antônio A. Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: UnB, 1998, p. 120.

¹⁴ Sobre a definição de mínimo vital, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 88-89.

Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento, serviço de dívida), onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde.¹⁵

Ao ilustrar seu raciocínio, o autor menciona o “fomento”, do qual se depreendem os investimentos financeiros feitos pelo Estado, influenciados pelos interesses do liberalismo econômico. A título de esclarecimento, podem ser citados os vários empréstimos vultosos cedidos pela administração pública à iniciativa privada e estrangeira (empresas, países, ONGs, etc), mesmo quando declaram não haver recursos suficientes para o custeio da saúde, educação e segurança pública, previdência e assistência social.

¹⁵ KRELL, Andréas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Editor, 2002, pp. 51-52.

1.1.3. *Da Percepção Dogmática dos Direitos Sociais*

Quanto aos dogmas que permeiam o estudo dos direitos sociais, talvez neste ponto se encontrem os maiores enfrentamentos. Desconstruir dogmas não é tarefa simples, pois os conceitos que os definem são verdadeiras fortalezas de convicções e argumentos sólidos. O aprofundamento da questão, que envolve grande repercussão e polêmica, está além do porte do presente trabalho, razão pela qual as controvérsias aqui tratadas se restringirão ao âmbito que contribui para a compreensão do tema proposto para estudo.

Nutrida pela visão que discrimina estruturalmente os direitos sociais, a principal controvérsia relaciona-se aos dogmas que afirmam que os direitos sociais possuiriam configuração legislativa vaga e inexigibilidade judicial. Isso significa dizer que a concepção normativa dos direitos sociais, constitucional e infraconstitucional, careceria de maiores detalhamentos. Além disso, teoricamente, por não contar com mecanismos de proteção equivalentes aos dos demais direitos fundamentais, a tutela específica na esfera jurisdicional seria inconcebível. O ápice dessa linha argumentativa é a afirmação de que os direitos sociais não seriam autênticos direitos fundamentais, mas apenas uma aspiração principiológica de valores sociais.

Segundo Pisarello, alguns autores excedem ainda mais o tom de suas críticas aos direitos sociais, como Jiménez Campo, que nega, inclusive, o caráter constitucional dos direitos sociais, pois, em sua visão, estes não gozariam de uma garantia jurisdicional plena¹⁶. Em tópicos anteriores o presente estudo trouxe diversos contrapontos à absurda tentativa de inferiorização dos direitos sociais em relação aos seus pares. Além de se reportar as explicações anteriormente aduzidas, convém destacar o que Pisarello afirma em consonância com essa postura:

En todo caso, y contra lo que suele desprenderse de la tesis de los derechos sociales como derechos de tutela genéticamente debilitada, no son las garantías concretas que se asignan a un derecho lo que determina su carácter fundamental sino a la inversa: es su consagración positiva en aquellas normas consideradas fundamentales lo que obliga a los operadores jurídicos a maximizar, bien por vía interpretativa, bien por medio de reformas, los mecanismos que permitan su protección. Así, si desde una perspectiva axiológica puede predicarse una cierta equivalencia entre las expresiones derechos fundamentales y derechos de las personas, desde el

¹⁶ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción**. Madrid: Trotta, 2007, p. 81.

punto de vista dogmático puede establecerse un paralelismo similar entre derechos fundamentales y derechos constitucionales¹⁷

Em se tratando do sistema jurídico brasileiro, importa ressaltar que a própria legislação conferiu aos magistrados a faculdade/incumbência de decidir questões mesmo quando a matéria não estiver prevista na norma, guiando-se pelas demais fontes do direito.

A doutrina majoritária elenca características norteadoras e essenciais dos direitos fundamentais, das quais, nesse contexto, se destacam a indivisibilidade e a interdependência. A primeira sustenta que os direitos fundamentais integram um único conjunto de direitos, que não podem ser analisados de maneira isolada uns dos outros. Logo não se pode falar em cumprimento parcial dos direitos fundamentais, uma vez que a afronta a um deles configura violação a todos os outros. A segunda, reforçando a primeira, leciona que estes direitos são vinculados uns aos outros, portanto mutuamente dependentes para serem efetivados.

Pensar os direitos sociais de maneira tão depreciativa no intento de excluí-los da estrutura dos direitos fundamentais perfaz uma tentativa ignóbil de diminuir o valor da igualdade em uma sociedade democrática, vituperando a história, pensamento, conquistas e desenvolvimento a eles associados.

¹⁷ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción**. Madrid: Trotta, 2007, p. 81.

1.2. O Direito Social à Felicidade como Parâmetro de Efetivação dos Direitos Sociais

Mesmo que a norma constitucional não elenque de maneira expressa o direito social à felicidade e ainda que alguns possam o considerar discrepante com o foco dessa pesquisa, não se pode ignorar que o acesso aos direitos sociais tem por escopo a concretização do Estado de Bem-Estar Social (*welfare state*). Por conexão, assim como este está intimamente ligado à esfera anímica do bem-estar individual e coletivo, pode-se inferir que a efetivação dos direitos sociais é capaz de promover a felicidade social, ampliando a percepção do mínimo existencial.

A priori, frise-se novamente que noção de mínimo existencial não pode ser confundida com “existência mínima”, ou, ainda, com “garantia de mera sobrevivência”. Em verdade seu conceito está intrinsecamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, segundo a própria interpretação constitucional sistemática, pressupondo a preservação dos mais elevados valores de uma sociedade. O mínimo existencial, ante o exposto, tem o condão de materializar o desígnio de realização pessoal buscada por todo homem, qual seja, a obtenção da felicidade. Assim, a exigibilidade dos direitos sociais (v.g., saúde, educação, segurança, trabalho e previdência social) é, na prática, uma busca pela felicidade.

Na verdade, hodiernamente, existem vários estudos dirigidos à felicidade como um valor social. A própria Fundação Getúlio Vargas, por exemplo, em 2012 iniciou um estudo para elaboração de um índice denominado FIB (Felicidade Interna Bruta), como um novo indexador para medir o desenvolvimento social, juntamente com outros índices, como o famigerado PIB (Produto Interno Bruto). A esse respeito, em entrevista ao jornal Estadão, o professor da FGV, Fábio Gallo, ao descrever a motivação para a realização desse estudo, afirmou que: “sociedade feliz é aquela em que todos têm acesso aos serviços básicos de saúde, educação, previdência social, cultura, lazer”¹⁸.

A felicidade, no entanto, não possui conceituação padronizada, além de ser muito relativizada por sua subjetividade. Talvez por essa razão seja um tema irrelevante para alguns, em sede de direito. Na visão do capitalismo global a

¹⁸ SCRIVANO, Roberta. **Índice vai medir felicidade do brasileiro**. Estadão: Economia. São Paulo, mar. 2012. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,indice-vai-medir-felicidade-do-brasileiro,107243e>>. Acesso em: 20 out. 2014.

felicidade é contemplada de maneira mais individualista e materialista. Por essa razão vê-se uma busca incansável pelo aumento do PIB, a mais importante equação de uma sociedade capitalista. No outro lado da balança, na visão do *Welfare State* preceitua-se o bem-estar das pessoas como prioridade das políticas de Estado, dando especial acolhida aos direitos sociais.

Ante a alegada falta de parâmetros concretos, a relativização da felicidade parece indiscutível. É certo, entretanto, que a felicidade para a maioria das pessoas possui esteio em alguns valores/bens que, por sua vez, podem assumir a forma de direitos sociais. Desse modo, fica simples compreender sua estreita relação com os direitos sociais, quando garantida à sociedade a fruição de saúde, educação, segurança, emprego, alimentação e previdência social. Se bem que a felicidade não se limita a essas coisas, contudo é impossível concebê-la privado delas.

A Declaração da Independência dos Estados Unidos de 1776 registra que “todos os homens foram criados iguais, que foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, dentre os quais estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade.”¹⁹

No Congresso Nacional brasileiro tramita a Proposta de Emenda a Constituição nº 19/2010, de autoria do senador Cristovam Buarque, inspirado pelo documento supracitado. No mérito, a PEC propõe a alteração do art. 6º da Constituição Federal, conferindo aos direitos sociais uma releitura, declarando-os essenciais à busca da felicidade. Se aprovada, a redação do artigo passará a ser:

"Art. 6º São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." ²⁰

Note-se que não se trata apenas do direito social à felicidade, mas que todos os direitos sociais são essências para esse propósito, no sentido de serem indispensáveis. O texto aludido reflete um ideal de busca da felicidade como direito subjetivo oponível, que opera de forma a receber a tutela constitucional. Desse modo, o Estado terá o dever de assegurá-la mediante a prestação efetiva dos

¹⁹ Tradução livre de trecho da Declaração de Independência dos Estados Unidos. Disponível em: <http://www.constitution.org/us_doi.pdf>. Acessado em 07/11/2014.

²⁰ BRASIL, Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº. 19 de 07/07/2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97622>. Acessado em: 07/11/2014.

direitos sociais, como fomento para o desenvolvimento do bem-estar social e individual.

Obviamente, em vista da suscetibilidade e especificidade de cada indivíduo, talvez a efetividade dos direitos sociais não garanta a felicidade de todos. Contudo, se ao menos forem assegurados como requisitos do mínimo existencial certamente redundarão em índices cada vez melhores de qualidade de vida e bem-estar social.

2. A SEGURIDADE SOCIAL NA HISTÓRIA

Segundo Aristóteles “o homem é, por natureza, um ser social”. Desse modo, desde a formação das primeiras civilizações, para que o homem pudesse conviver com seus iguais, foi indispensável a elaboração e a observação de regras de convívio básicas, que visavam preservar o bem estar comum. Ao longo da vida toda pessoa está sujeita a infortúnios, que podem comprometer a sua sobrevivência ou subsistência. Por esse motivo a necessidade de proteção cresceu na mesma proporção em que a sociedade se desenvolveu.

Na Antiguidade, com o surgimento das civilizações monárquicas, a proteção dos direitos à subsistência é retratada por meio de dispositivos legais, como, por exemplo, na Mesopotâmia com a criação do Código de Hamurábi (1.700 A.C). Ao elaborar este código, o rei babilônico buscou garantir a ordem social mediante leis rigorosas que impunham coercitivamente o respeito à propriedade, à integridade física, ao trabalho e à subsistência.

Nós séculos que antecederam a Revolução Industrial a história registra o surgimento das corporações de ofício, que contribuíram amplamente para desenvolvimento comercial europeu desde sua criação no século XI até sua total extinção, no final do século XVIII. Segundo o historiador Leo Huberman, cada corporação possuía um regimento que disciplinava as relações de trabalho, estabelecendo uma estrutura hierárquica entre três categorias principais de membros: os mestres, donos das oficinas e ferramentas; os companheiros (jornaleiros), que trabalhavam por um salário pago pelos mestres; e os aprendizes, menores de 12 ou 14 anos, que trabalhavam por comida e abrigo, além de aprenderem o ofício²¹.

Essas entidades sociais exerciam funções assistenciais, garantindo o sustento de órfãos e viúvas de seus trabalhadores ou dos que ficassem momentânea ou permanentemente incapacitados para o trabalho. Essa característica demonstra que mesmo nos menores círculos sociais daquela época como os feudos, valores essenciais à subsistência e a segurança de seus membros já eram reconhecidos e protegidos. Aqui podemos afirmar que o reconhecimento

²¹ HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. 21.ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, pp. 18-23.

desses valores suscitava direitos que desde aquela época promoviam certa diminuição das desigualdades sociais, sendo um embrião do conceito de direitos fundamentais sociais que seria concebido séculos mais tarde.

Destarte, nota-se que a preocupação com estes elementos é inerente à natureza humana, desde os tempos mais remotos. Dessa conjuntura histórica e evolutiva, associadas ao advento da Revolução Industrial e dos movimentos sociais do século XIX, dentre os tipos de direitos sociais a noção de previdência foi desenvolvida de tal maneira que recebeu a tutela constitucional e legislativa em diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

O desenvolvimento da sociedade após a Revolução Industrial ensejou um grande avanço em nível de consciência social, repercutindo tanto na mudança do pensamento e da cultura popular quanto impelindo o Estado a promover a solidariedade e igualdade entre os seus cidadãos. Em verdade, vê-se nesse momento o ressurgimento do espírito de sociedade que é inerente ao homem, conforme preceitua Léon Duguit:

O ser humano nasce integrando uma coletividade; vive sempre em sociedade e assim considerado só pode viver em sociedade. Nesse sentido, o ponto de partida de qualquer doutrina relativa ao fundamento do direito deve basear-se, sem dúvida, no homem natural; não aquele ser isolado e livre que pretendiam os filósofos do século XVIII, mas o indivíduo comprometido com os vínculos da solidariedade social. Não é razoável afirmar que os homens nascem livres e iguais em direito, mas sim que nascem partícipes de uma coletividade e sujeitos, assim, a todas as obrigações que subentendem a manutenção e desenvolvimento da vida coletiva.²²

A seguridade social é, portanto, um mecanismo coletivo e solidário de prevenção e assistência em tempos de adversidade. Além disso, também é uma ferramenta de inclusão social, por assegurar as condições necessárias para a salvaguarda da saúde física, psíquica e emocional, pautada em valores como a dignidade e a solidariedade.

²² DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Ícone, 1996, p.16.

2.1. A Previdência Social no Âmbito Internacional e Nacional

A fim de preservar o caráter didático desta pesquisa, a partir de então adentrar-se-á especificamente no campo da previdência social, por ser a área do objeto que virá a ser examinado, qual seja, o instituto da alta programada.

A seguridade social é um sistema de proteção que abrange os três programas sociais mais importantes em um ordenamento jurídico: a saúde, a assistência e previdência social. No ordenamento jurídico pátrio está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos seguintes termos: “Art. 194 - A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”²³

A previdência social possui, segundo parte da doutrina, quatro fases evolutivas de proteção social: experimental; consolidação; expansão; e redefinição. Na fase dita experimental, encontra-se a política social de Otto Von Bismarck (1878), segundo a qual foram concebidas as primeiras diretrizes normativas de um sistema de Previdência Social. A ideia foi criar uma espécie de seguro social para arcar com a subsistência de seus segurados em caso de necessitarem de afastamento de suas atividades laborativas. A cobertura é efetivada na forma de pagamento dos benefícios previstos na norma, correspondente à adversidade do segurado. O custeio da Previdência social tem caráter contributivo, pois o sistema se baseia nas contribuições de seus segurados. Assim o modelo bismarckiano foi adotado em vários países da Europa na medida em que os movimentos sociais se espalhavam por toda parte.

No século XX, já em sua fase de consolidação, destacam-se a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, que recepcionaram uma ampla proteção aos direitos sociais, dentre os quais os direitos previdenciários. Em seguida, na década de 1930, o governo americano de Roosevelt concebeu o *New Deal*, que consistiu em programas sociais cuja finalidade era assistir as camadas da população afetadas pela Grande Depressão americana.

²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2012, art. 194.

Após o término da Segunda Guerra Mundial, o modelo liberal de crescimento econômico foi repensado. Viu-se a necessidade de direcionar o crescimento econômico mediante intervenção estatal com o objetivo de realizar melhor distribuição de renda e proteção dos trabalhadores.

Nesse momento, a expansão do sistema previdenciário bismarckiano alcançou grandes proporções, assemelhando-se aos planos de capitalização ou poupança compulsória. Todavia, somente os empregadores e os empregados em atividade poderiam participar desses programas, para os quais contribuíam, de modo que somente eles eram beneficiados.

Concomitantemente, ainda no período pós-guerra, o modelo previdenciário bismarckiano foi redefinido, inspirado pela noção de solidariedade social, idealizada por William Henry Beveridge, um economista britânico que influenciou as reformas sociais de sua época. Ele idealizou a reestruturação da seguridade social, criando o chamado “Sistema Universal de Luta Contra a Pobreza”, que universalizou a previdência social, estendendo sua cobertura a toda população. Nesse sentido, em certo momento este economista afirmou:

A expressão seguridade social é aqui usada para designar a garantia de um rendimento que substitua os salários, quando se interrompem estes pelo desemprego, por doença ou acidente, que assegure a aposentadoria na velhice, que socorra os que perderam o sustento em virtude da morte de outrem, e que atenda a certas despesas extraordinárias, tais como as decorrentes do nascimento, da morte e do casamento. Antes de tudo, segurança social significa segurança de um rendimento mínimo; mas esse rendimento deve vir associado a providências capazes de fazer cessar, tão cedo quanto possível, a interrupção dos salários.²⁴

A finalidade principal era evitar que o afastamento temporário do trabalho e o próprio desemprego deflagrassem novos períodos de recessão econômica. A experiência vivida nos Estados Unidos durante a Grande Depressão demonstrou quão negativamente impactante é o desemprego na economia de um país e, conseqüentemente, no cenário social.

Em termos práticos, diferente de outros lugares, o Brasil até o momento não conseguiu implantar eficientemente seu sistema de seguridade social, sobretudo o de previdência. Embora a própria Constituição Federal, em seu art. 193, declare o

²⁴ BEVERIDGE, William. **O Plano Beveridge**. Trad. Almir Andrade. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943, p. 189.

compromisso do Estado com a justiça e o bem-estar social, o Brasil está muito distante de alcançar o status de *Welfare State*.

Frequentemente o governo brasileiro noticia o déficit da previdência, a despeito das arrecadações recordes que realiza a cada ano. O quadro é agravado na proporção em que o Estado usa mecanismos de redirecionamento de receitas originalmente destinadas ao custeio da previdência social para outras áreas, principalmente para a criação do superávit primário e para o pagamento dos juros da dívida pública. Estas manobras financeiras são denominadas Desvinculações de Receitas da União – DRU.

Apesar disso, a proteção previdenciária é um critério de organização do Estado que visa, por um lado, preservar o desenvolvimento econômico, pois sem trabalho e renda não há geração nem circulação de riquezas. Por outro, é uma importante medida para combater os problemas sociais oriundos da pobreza, garantindo subsistência com dignidade à população.

O art. 201²⁵ da Constituição Federal de 1988 versa acerca da atuação da previdência social no Brasil. A primeira contingência prevista pelo constituinte foi, precisamente, os eventos de doenças, por refletir com exatidão a proporção latente deste mal que pode acometer qualquer pessoa em qualquer tempo, lugar ou condições.

Contudo, o mesmo dispositivo legal prescreve o indispensável controle financeiro e atuarial das contas previdenciárias, pois o equilíbrio das contribuições e das concessões de benefícios evita que sistema se sobrecarregue torne-se deficitário.

²⁵ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV – salário - família e auxílio - reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

2.2. O Direito Previdenciário como um Direito Público Subjetivo

Contrariando as correntes doutrinárias que afirmam que os direitos sociais não são passíveis de jurisdicionalização, o direito previdenciário pode ser apontado como um significativo indicador do quão inverossímil é essa acepção.

Os direitos previdenciários revelam-se com a natureza de Direito Público Subjetivo, ou seja, habilitam o segurado/beneficiário para o exercício/faculdade do direito de ação. Como direito subjetivo, somente aqueles que estejam inseridos na relação descrita pela norma possuem a legitimidade para demandar e serem demandados em juízo.

O direito subjetivo corresponde a *facultas agendi*, conferindo exigibilidade a todos os integrantes da relação jurídica. Por essa razão é que a autarquia previdenciária pode exigir que os pré-requisitos para a concessão dos benefícios estejam presentes ao serem requeridos. No lado oposto, o segurado que atende a essas condições igualmente tem o direito de exigir a prestação do serviço, qual seja a concessão do benefício.

Ressalte-se, portanto, que não estando presente algum pré-requisito do sujeito ativo, v.g., a qualidade de segurado, a subjetivação não se aperfeiçoa em seu conteúdo, de modo que a concessão da prestação não é devida.

Nesse deslinde, Miguel Horvath Júnior discorre:

Estamos diante de um direito subjetivo quando a ordem jurídica confere ao indivíduo, em face do qual um outro está obrigado a conduzir-se de determinada maneira, o poder jurídico de, através de uma ação, iniciar um processo que conduza à norma individual, a ser estabelecida pelo tribunal, pela qual é ordenada a sanção prevista pela norma geral dirigida contra o indivíduo que se conduz contrariamente ao dever.²⁶

Logo, se vê que a operacionalização do direito previdenciário na esfera jurídica não é somente possível como também capaz de produzir o efeito desejado, conquanto seja concedida a tutela do direito pleiteado.

²⁶ HORVATH Jr., Miguel. **Direito Previdenciário** 9 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 148.

2.3. O Benefício de Auxílio – Doença

O auxílio-doença será devido ao beneficiário filiado ao RGPS que, tendo cumprido a carência exigida na lei, ficar incapacitado para o trabalho ou atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos. Contudo, em caso de doença preexistente, a cobertura deste benefício não será concedida, salvo quando o requerimento se fundar em agravamento ou complicação da mesma.

O art. 76 do Decreto nº 3.048/1999 estabelece que “a previdência social deve processar de ofício o benefício, quando tiver ciência da incapacidade do segurado sem que este tenha requerido auxílio-doença”. O artigo mencionado é extremamente significativo, pois estabelece um importante parâmetro para a compreensão do fundamento para a concessão do benefício, baseado em princípios constitucionais e administrativos, que serão arguidos nos próximos tópicos.

Quanto à manutenção/pagamento do benefício de auxílio-doença, o art. 62 da Lei 8.213/91 prescreve em seu bojo que “não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência”. Novamente o legislador estabelece outra diretriz norteadora, aludindo, desta vez expressamente, a concessão do benefício enquanto a incapacidade perdurar.

Logo, pode-se concluir que, diante do caráter vital deste benefício, considerando sua natureza alimentar e protetiva da dignidade humana, é imperativo que se verifique a constitucionalidade e a legalidade de determinados procedimentos da administração pública, tais como a alta programada, que afetam a vida de milhões de pessoas diuturnamente. É o que se verá a seguir.

3. O INSTITUTO DA ALTA PROGRAMADA (COPES)

O dicionário Houaiss define alta médica como sendo a “anotação médica que declara terminado um tratamento ou uma internação”²⁷ É, portanto, ato exclusivamente médico que declara, caso a caso, a recuperação de um paciente, levando-se em conta os resultados de exames laboratoriais e clínicos.

O instituto “data de cessação de benefício” (DCB) ou “alta programada”, também denominada Cobertura Previdenciária Estimada (COPES), originariamente criada pela Orientação Interna nº 130 INSS/DIRBEN, de 13/10/2005, foi posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 5.844/2006²⁸, que autorizou o INSS a não mais designar perícia antes do cancelamento do benefício de auxílio-doença previamente concedido, declarando a alta do segurado sem o devido exame médico-pericial.

Em regra, funciona da seguinte forma: constatada a incapacidade temporária para o trabalho e atendido o prazo de carência (doze meses), o auxílio-doença será concedido pelo prazo de até 180 dias, sem a obrigatoriedade de avaliação pericial durante este período. O limite de concessão do benefício é pré-fixado pelo médico perito, que deverá avaliar o grau da incapacidade apresentada, identificando a data de início e o histórico da doença/lesão.

Depois, presumindo-se que cada enfermidade necessita de um período relativo para tratamento e recuperação, com base neste prognóstico o médico perito determina, por estimativa, um prazo que entende suficiente para a total recuperação do segurado, sendo este o período em que receberá o auxílio-doença. Após esse período, independente da recuperação do trabalhador, o benefício é cancelado. A partir desse momento deduz-se que o segurado está apto para retornar ao trabalho.

Se o segurado entender que ainda não está totalmente recuperado da enfermidade/lesão, deverá requerer a prorrogação do benefício, que se submeterá

²⁷ HOUAISS, Antônio. **Dicionário On-line Houaiss**. UOL. <<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=alta>>. 2012.

²⁸ § 1º - O INSS poderá estabelecer, mediante avaliação médico-pericial, o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho do segurado, dispensada nessa hipótese a realização de nova perícia.

§ 2º - Caso o prazo concedido para a recuperação se revele insuficiente, o segurado poderá solicitar a realização de nova perícia médica, na forma estabelecida pelo Ministério da Previdência Social.

§ 3º - O documento de concessão do auxílio-doença conterá as informações necessárias para o requerimento da nova avaliação médico-pericial.

aos trâmites normais do procedimento da autarquia. Durante esse período, até que se obtenha a resposta do INSS, o segurado não recebe as parcelas de seu benefício. Se o pedido for negado, poderá formular pedido de reconsideração.

Importa mencionar a morosidade da resposta para os requerimentos de prorrogação ou reconsideração (em caso de negativa), mesmo quando feitos dentro do prazo. Ademais, os pedidos são geralmente negados, ensejando as inúmeras demandas judiciais com esse objeto.

A justificativa arguida pelo INSS para essa medida é proporcionar maior celeridade no atendimento e na marcação de perícias médicas, vez que com o cancelamento automático dos benefícios, as filas, teoricamente, diminuem. Segundo a autarquia o objetivo é o aprimoramento do sistema previdenciário na concessão de benefícios, racionalizando as perícias médicas e evitando as fraudes decorrentes de pagamentos indevidos.

A seguir ficará demonstrado que essa alegação é inverossímil, pois não se sustenta por essas assertivas.

3.1. Da Inconstitucionalidade e da Ilegalidade da Alta Programada

A concessão do benefício previdenciário está vinculada ao preenchimento de todos os requisitos legais exigidos. Uma vez concedido o auxílio-doença, presume-se que o segurado tenha atendido às respectivas exigências. Assim, a continuidade da contingência que o impede de exercer suas atividades provisionais, comprometendo a sua subsistência própria ou familiar, torna-se o critério único e determinante para a cessação do pagamento do benefício, conforme prescrito no art. 62 da Lei nº 8213/91.

De antemão, frise-se que, por se tratar de procedimento médico, a alta somente poderá ser declarada após a constatação da plena recuperação do convalescente, sob o risco de comprometer a melhora já alcançada.

O cancelamento unilateral e inconsequente do pagamento do auxílio-doença sem a instauração prévia do procedimento administrativo, qual seja, a perícia médica, é causa de extrema preocupação. Apesar do Decreto que concebeu a alta programada aparentemente legitimar sua aplicação, é imprescindível que se faça uma análise principiológica, juridicamente sistêmica e não somente estrita, conforme ficará demonstrado adiante.

Começando pela norma constitucional, sua interpretação é adstrita aos princípios basilares da ordem republicana e democrática, que sustentam o processo cognitivo da hermenêutica jurídico, sempre devotando total subserviência aos valores constitucionalmente escudados. Ressalte-se que não há que se falar em conflitos principiológicos, pois apesar de ser possível vislumbrar certa hierarquia entre os princípios, os mesmos coexistem harmonicamente no plano legislativo e jurídico.

Em um regime democrático, a constituição é o marco fundante de garantias e direitos. Dentre seus atributos estão: a definição dos limites para a atuação da administração pública; e o norteamiento do caminho a ser trilhado pelas normas infraconstitucionais.

A Previdência Social tem por finalidade, entre outras, cooperar com a realização dos objetivos fundamentais descritos no art. 3º da Constituição Federal de

1988, combinados com o disposto no inciso III do art. 5º, lastreado no princípio da dignidade da pessoa humana:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º; III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

No instante em que o Estado deixa de assegurar as condições necessárias para o provisionamento do trabalhador/segurado, cessando o pagamento do benefício de auxílio-doença, nas circunstâncias em que este ainda se encontre incapacitado para buscar seu próprio sustento e de sua família, ocorre grave violação dos dispositivos constitucionais supracitados.

Ainda que se pretenda sustentar a legitimidade do instituto “Data de Cessação de Benefício” com base na análise estrita do decreto que a autoriza, uma norma infraconstitucional e infralegal não pode exercer supremacia sobre normas hierarquicamente superiores.

A esse respeito, quanto aos princípios que regem a atuação da administração pública, convém transcrever trecho de acórdão exarado pelo STF, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

A submissão de todos à supremacia da Constituição e aos princípios que derivam da ética republicana representa o fator essencial de preservação da ordem democrática, por cuja integridade devemos todos velar, enquanto legisladores, enquanto magistrados ou enquanto membros do Poder Executivo.²⁹

Ademais, o instituto da alta programada também viola diversos princípios constitucionais vigentes no âmbito do processo administrativo, regido pela Lei nº 9.784/99, dentre os quais se destacam, no caso em tela, as violações aos princípios da juridicidade e informalidade e verdade material.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24458 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 21/02/2003.

De acordo com o princípio da juridicidade, os atos da administração pública devem obedecer a uma interpretação sistêmica que abarque todo o ordenamento jurídico, a fim de garantir segurança jurídica. Assim, a aplicação de determinada norma deve coadunar-se com o restante da legislação vigente, sobretudo respeitando a hierarquia legislativa e a subsunção aos demais preceitos insculpidos no plano normativo. Isso significa que o INSS não pode se furtar à observância das garantias e direitos constitucionais com base em apenas um decreto.

A administração pública deve se esforçar para dar flexibilidade ao processo burocrático inerente aos seus atos, conforme o princípio da informalidade. Logo, o processo burocrático jamais deve obstaculizar a preservação da saúde e da vida. Assim, mesmo que seja necessário aguardar por um longo período para a realização da perícia médica que avalie a saúde do trabalhador, o benefício não deve ser cancelado durante esse período. Destarte, o argumento da autarquia de que a demanda excessiva e a consequente demora no atendimento justificam a adoção da alta programada não se convalida. O ônus da desestruturação do INSS não pode ser injustamente transmitido àqueles que por sua hipossuficiência momentânea dependem do auxílio-doença.

Quanto ao princípio da verdade material (art. 4º da Lei nº 9.784/99), a administração pública deve pautar suas decisões em fatos reais, jamais em especulações. A alta programada, também chamado COPES (Cobertura Previdenciária Estimada), baseia-se, como o próprio nome revela, em uma estimativa, uma previsão, uma hipótese, do tempo necessário para a recuperação do segurado. A simples dispensa da perícia médica constata que o a aplicação do instituto não tem respaldo em fatos comprovados.

Não se pode elidir, entretanto, que a Constituição Federal igualmente consagra a garantia da "universalidade da cobertura e do atendimento" (art. 194, parágrafo único, I da CF), como o primeiro objetivo elencado como diretriz do Poder Público na organização da seguridade social, o que corrobora a inconstitucionalidade do instituto ora examinado, porquanto se exclui a necessidade de nova perícia médica antes do cancelamento do benefício, o que se traduz na mitigação da amplitude do atendimento.

Ademais, além de inconstitucional, a alta programada também contraria o disposto nos arts. 60 e 62 da Lei nº 8.213/91, os quais preceituam que:

Art. 60 O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz.

Art. 62 O segurado em gozo do auxílio-doença, insuscetível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez.

Isto posto, inequivocamente nota-se que o amparo constitucional e legal conferido aos segurados do RGPS é desrespeitado pelo instituto da alta programada. Assim, depreende-se que o Decreto nº 5.844/06 contraria os preceitos constitucionais ora expendidos, bem como viola a Lei nº 8.213/91, sendo, portanto, inconstitucional e ilegal.

3.2. Projeto de Lei do Senado Prevê Extinção da Alta Programada

No que se refere às iniciativas legislativas com respeito à matéria em exame, a Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal elaborou o Projeto de Lei do Senado nº 89/2010, propondo que a suspensão de pagamento do benefício de auxílio-doença somente ocorra após exame médico pericial que constate a aptidão do segurado para retornar às suas atividades laborais. Desse modo, seu art. 1º versa:

O beneficiário de auxílio-doença somente terá suspenso o pagamento de seu benefício, após realização de exame médico pericial atestando sua total recuperação ou reabilitação profissional na forma do art. 62 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.³⁰

No âmbito da justificativa para sua proposição, o legislador fundamenta:

Enfim, o procedimento da ALTA PROGRAMADA mascara a perversidade da realidade social e mostra claramente a necessidade de construirmos instrumentos que detenha tais atitudes. E a grande ironia do sistema é que tudo isso acontece justamente na área que tem por finalidade principal a proteção dos cidadãos hipossuficientes contra os riscos sociais.

Dito isto, considerando ideal definirmos, textualmente, que a alta do beneficiário de auxílio doença só ocorrerá quando o médico ou junta médica, em um último exame pericial atestar a total recuperação do paciente.

A proposta encontra-se inerte na Subsecretaria da Coordenação Legislativa do Senado, desde o dia 28/06/2011, aguardando inclusão em Ordem do Dia em momento oportuno.³¹

³⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei do Senado nº89/2010. Autoria: Senador Paulo Paim. Publicado no DSF, em 08/04/2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=75593&tp=1>> Acessado em 25/10/2014.

³¹ BRASIL. Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96308&p_sort=DESC&p_sort2=D&p_a=0&cmd=sort>. Acessado em 25/10/2014.

4. A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR DANOS PROVOCADOS PELO INSTITUTO DA ALTA PROGRAMADA.

Feitas as anotações pertinentes para o delineamento do pano de fundo concernente ao estudo ora ventilado, inicia-se o exame da responsabilidade civil objetiva e extracontratual do Estado.

Nos séculos passados, nas eras dos estados absolutistas, prevalecia a premissa da irresponsabilidade estatal, por se considerar que o rei, soberano escolhido por Deus, era irrepreensível e jamais errava (*The king can do no wrong*). Seus súditos viviam unicamente para servi-lo, em troca de sua subsistência e segurança contra ameaças estrangeiras. Porém, estes não eram detentores de direitos subjetivos em face do Estado.

Com o surgimento de novas correntes filosófico-jurídicas, tais como o jusnaturalismo e o contratualismo, que inspiraram os conhecidos processos revolucionários da história, o Estado passou a ser compreendido como um tutor de direitos, guardião da ordem sócio-econômica e, conseqüentemente, sujeito de responsabilidades inescusáveis.

A teoria da irresponsabilidade do Estado foi gradualmente rechaçada pela doutrina e pelos tribunais. Finalmente no séc. XX as principais nações do mundo normatizaram a responsabilidade civil subjetiva do Estado, fundada na culpa por negligência, imprudência ou imperícia de qualquer de seus agentes.

Posteriormente essa responsabilidade passou a ser atribuída ao Estado independentemente de dolo ou culpa, figurando objetivamente o dever de reparação quando existente o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. O embasamento para essa definição foi concebido a partir da teoria do risco administrativo, que foi adaptada à atividade da administração pública. Por esta teoria, o próprio exercício da atividade estatal, por sua natureza e implicações, possui elementos suficientemente capazes de produzir danos aos administrados, embora a existência do nexo de causalidade seja indispensável para sua constatação.

Este entendimento foi recepcionado pela legislação brasileira desde a Constituição de 1946, estando atualmente consagrado no §6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988. Destarte, uma vez que a administração pública por ato comissivo ou omissivo de qualquer de seus agentes provoque algum dano à sociedade ou a um indivíduo, ficará responsável por reparar o dano causado.

4.1. Responsabilidade Civil do Estado no Direito Previdenciário

É inequívoca a fundamentabilidade dos direitos previdenciários, pois, como direito social, são indispensáveis para a sobrevivência dos segurados. Os proventos dos benefícios previdenciários possuem natureza alimentícia. Portanto, como direito subjetivo fundamental, ostenta a possibilidade de aplicabilidade imediata e eficácia plena.

Para algumas espécies de direitos previdenciários o fato gerador é uma situação de contingência como, por exemplo, no caso do auxílio-doença. Além disso, o direito previdenciário tem por escopo dignificar o homem (em sentido lato), de modo que sua efetivação dá concretude ao princípio da dignidade humana.

Por outro lado, a não efetivação de um direito previdenciário, quando ocasionada pela conduta da administração pública, v.g, como em um indevido cancelamento de um benefício, dá ensejo à responsabilidade civil do Estado tanto por danos materiais quanto pelos danos morais sofridos pelo segurado, conforme prescreve o §6º do art. 37 da Constituição Federal vigente.

O dano moral, como é cediço, difere do dano material, pois este pode ser economicamente quantificado, enquanto aquele tem caráter subjetivo, psíquico, valorativo, alcançando a esfera dos direitos extrapatrimoniais, mais especificamente, dos direitos da personalidade.

Nesse contexto, a indenização por dano moral não visa somente a reparação do dano sofrido, mas também sancionar o infrator que incorreu na prática ilegal, coibir a reiteração da ilegalidade e amenizar, ainda que em parte, o sofrimento da vítima.

Quando a concessão do benefício previdenciário é injustamente negada ou protelada, ou o devido reajuste não é concedido, ou, no caso em tela, quando é interrompido antes da completa reabilitação do segurado, o sofrimento impingido a este, que já se encontra em situação de contingência e penúria, configura grande abalo moral. Este transtorno supera o mero dissabor, ultrapassando a esfera do cotidiano. Isso porque o segurado, necessitando dos proventos para manter sua higidez física, tem sua integridade emocional muito mais suscetível e fragilizada

frente ao gravame de uma interrupção quando sua saúde ainda não foi reestabelecida.

Obviamente há que se analisar, caso a caso, a ocorrência de abalo moral ou lesão patrimonial, para que o Estado não se veja obrigado a indenizar ocorrências de pequena monta. Entretanto, não é cabível banalizar o sofrimento do segurado que, em meio ao processo de convalescência, tem o pagamento de seu benefício interrompido em momento tão crucial.

De acordo com o ordenamento jurídico vigente, a responsabilidade do Estado é objetiva, ou seja, prescinde de comprovação de culpa do agente administrativo, bastando que se configure a conduta ilícita, o nexo de causalidade e o dano. No caso da relação previdenciária, trata-se de responsabilidade extracontratual, porque decorre do vínculo institucional oriundo de uma imposição legal.

Como a Previdência Social possui duas áreas distintas e interdependentes (custeio e benefícios), a responsabilidade do Estado deve ser analisada em relação a cada uma delas. Quanto ao custeio, a relação que se estabelece é de natureza tributária, entre a União e os contribuintes (Lei nº 11.457 de 16.03.2007, art. 2º). Logo, é da União a responsabilidade pela arrecadação, fiscalização e cobrança das contribuições sociais.

Quanto aos benefícios, a relação que se estabelece é prestacional, de um lado, segurados e dependentes e, do outro, o INSS, autarquia federal. É perante o INSS que o segurado formula o requerimento para obter o benefício. É o INSS que, mediante processo administrativo, analisa a presença dos requisitos para conceder o benefício e, por fim, pratica o ato administrativo de concessão do benefício.

Considerando o objeto ora analisado, surge a responsabilidade civil do Estado por dano moral quando o INSS, por ato administrativo, nega o pedido de prorrogação do benefício, mesmo quando a incapacidade do segurado persiste e, ainda, no âmbito do processo administrativo, interrompendo o pagamento do benefício sem a devida comprovação da recuperação do segurado via perícia médica.

O processo administrativo previdenciário rege-se hierarquicamente pela norma constitucional e pelos diplomas legais que tratam da matéria, a saber, Lei nº

8.213/91, Lei nº 9.784/99 e Decreto nº 3.048/99. Por isso, de acordo com a doutrina geral, deve o processo administrativo previdenciário submeter-se a estes princípios, dentre os quais, como dantes, evidenciam-se: juridicidade, informalidade, verdade material e universalidade ³².

Por derradeiro, há que se destacar o princípio da juridicidade. Quanto à análise jurídica do instituto da alta programada, este talvez seja o princípio mais relevante a ser considerado a fim de impugná-la. Pelo princípio da juridicidade o INSS não está sujeito apenas aos seus atos normativos internos, pois sua conduta deve se pautar pela globalidade de normas do ordenamento jurídico. Isso quer dizer que a fonte de Direito no processo administrativo previdenciário não é somente a lei em sentido estrito, mas também os princípios, as normas constitucionais, a jurisprudência, e até mesmo os tratados internacionais em que o Brasil for signatário.

Com efeito, assinala Gustavo Binenbojm, citado por Wânia A. F. Lima Campos:

A ideia de juridicidade administrativa traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras, delineado na Constituição. A juridicidade administrativa poderá portanto: (I) decorrer diretamente da norma constitucional; (II) assumir afeição de uma vinculação estrita à lei (formal ou material); ou (III) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou setorial), autônoma ou de execução, conforme os espaços normativos (e sua peculiar disciplina) estabelecidos constitucionalmente. Cumpre, pois, estudá-los de forma sistemática, dentro da realidade constitucional brasileira. ³³

Reitere-se, como já mencionado anteriormente, que legislação previdenciária determina que o pagamento do benefício não deva cessar até que o segurado seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência. O caso é que ao interromper o pagamento do benefício nas situações em que o segurado permanece inabilitado para o trabalho, sem tomar as cautelas necessárias, o Estado cria uma situação de risco para o agravamento da enfermidade ou lesão do trabalhador, muitas vezes comprometendo a recuperação já parcialmente alcançada.

³² Ver tópico 2.1 Da Inconstitucionalidade e Ilegalidade da Alta Programada. pp. 33-36.

³³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização** - 2. ed. Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2008. p.143.

Isto posto, avaliando-se o procedimento adotado pelo instituto da alta programada ao fixar antecipada e hipoteticamente um prazo para a plena recuperação do segurado, é cogente que se reconheça o caráter potencialmente danoso deste instituto. Ainda que se sustente que o objetivo da alta programada seja acelerar os agendamentos junto ao INSS e evitar possíveis fraudes ou pagamentos indevidos, não se pode transferir o ônus da sua ineficiente fiscalização e da falta de controle interno para os segurados. Em realidade, o que ocorre é a simples sobreposição de interesses políticos e econômicos em prejuízo dos segurados.

4.2. A Configuração dos Danos Materiais e Morais Causados pela Alta Programada

Enquanto o segurado permanece inabilitado para o trabalho, tendo cumprido todos os requisitos para obter o benefício, este será devido pela autarquia previdenciária sem interrupção, até que o beneficiário seja reabilitado. O instituto da alta programada, de forma recorrente, autoriza o INSS a efetuar o cancelamento automático do benefício, dispensando a prévia perícia médica.

Como se verá adiante, negar a manutenção do auxílio-doença, quando a enfermidade/lesão do segurado permanece, pode ocasionar a configuração de dano moral e material, passíveis de reparação, pois todos os requisitos para sua constatação estão presentes. Ressalte-se, desde já, que é possível a cumulação de indenizações por danos morais e materiais, com base na Súmula nº 37 de 12/03/1992 do Superior Tribunal de Justiça, que diz: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

A conduta lesiva é perpetrada com a negativa da prorrogação ou o cancelamento automático do benefício de auxílio-doença, por força da alta programada, mesmo quando o segurado permanece inapto para retornar ao trabalho. Neste ponto, remete-se aos apontamentos anteriormente declinados³⁴.

Em relação ao dano material, sua prova dependerá de cada caso concreto, sendo indispensáveis os elementos de prova factual. Devido à natureza pecuniária da lesão, que incidi sobre o patrimônio da vítima, os indícios de prova devem demonstrar uma redução patrimonial provocada pela conduta infratora. A constatação do dano material não requer um juízo de cognição complexo, sendo relativamente simples sua liquidação.

Se o segurado, por exemplo, após o cancelamento indevido do benefício previdenciário for impedido de honrar com seus compromissos financeiros, poderá ser indenizado pelos danos materiais, desde que comprove que o inadimplemento decorreu do cancelamento do benefício. Desta forma, o pagamento de contas fixas e dívidas de financiamento, dos quais, por ocasião do inadimplemento, resultem juros

³⁴ Ver pp. 33-36 desta pesquisa.

de mora, multas, penhora ou outras sanções patrimoniais, estarão sujeitas a reparação pelo Estado.

A caracterização do dano moral, em outra esteira, requer discernimento apurado, em virtude de sua complexidade. Ele é verificado quando a vítima do ilícito, acometida por uma situação que lhe provoque flagrante dor ou sofrimento capazes de incutir-lhe transtorno psicológico relevante ou abalo que exceda a normalidade. Sua natureza subjetiva dificulta a aferição de sua extensão.

O constrangimento, humilhação ou frustração devem interferir intensamente na moral do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, que em nada se relacionam com os dissabores do cotidiano. Para Cavalieri Filho a extensão do dano deve ser considerada à partir de alguns pressupostos. O autor afirma que:

O dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Nessa linha de princípio, só deve ser reputado dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazer parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.³⁵

Quanto ao objeto dessa pesquisa, o dano moral pode ser demonstrado diante do transtorno físico e emocional que o cancelamento do pagamento do auxílio-doença provoca ao beneficiário. Evidencia-se, ao se considerar quão angustiante e constrangedora é a sensação de impotência ante uma situação em que um trabalhador é privado do sustento, por ocasião de uma contingência e pelo cancelamento do benefício, sobretudo quando é arrimo de família. Some-se ainda o fato de que certamente tem dívidas a honrar, e de seu inadimplemento decorrem juros e multas, além de outros aborrecimentos.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil. 9 ed.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 79.

Não são poucas as situações em que o segurado, após o cancelamento do benefício de auxílio-doença, é obrigado a voltar a trabalhar para garantir seu sustento, mesmo que sua contingência permaneça.

Em inúmeros casos, o retorno ao trabalho, sob estas condições, é usado como argumento contra os segurados, quando submetidos aos quesitos formulados em perícias posteriores, ao requererem o restabelecimento administrativo do benefício. Frequentemente os laudos periciais lavrados pelos peritos médicos do INSS se manifestam pela negativa da concessão ao argumento de que o segurado, embora alegue que sua contingência ou limitação permaneça, estaria apto para o exercício de suas atividades laborais. É o que fica demonstrado na conclusão do perito médico do INSS, mencionada nos autos do agravo de instrumento nº 0005415-95.2013.8.05.0000, interposto no TJ/Bahia, que se manifestou nos seguintes termos:

No momento da perícia **foram constatados sinais clínicos** de CID M54.2 Cervicalgia, CID M54.5, Dor lombar Baixa e CID M51.8 e outros transtornos especificados de discos intervertebrais **caracterizando incapacidade parcial e temporária**.

Trata-se de autor de 49 anos de idade **apto para exercer suas atividades laborativas com restrições** (Readaptação Funcional) seguindo as regulamentações da Norma Regulamentadora 17 do Ministério do Trabalho e Emprego. (grifos nossos)

Por fim, o nexo de causalidade reside no fato de ser precisamente o cancelamento do benefício de auxílio-doença, operado pelo INSS mediante o instituto da alta programada, o ato deflagrador do dano. Não fosse a dependência econômica do segurado em relação ao benefício, que possui natureza alimentícia, a alegação do dano seria infundada. Todavia, no momento em que precisa ser afastado de seu ofício, do qual auferia sua única renda, na maioria dos casos o benefício previdenciário passa a ser sua única garantia de subsistência.

Ante o exposto, estão presentes todos os requisitos para a configuração do dano moral indenizável pela administração pública, decorrente do ato da autarquia federal, em favor da vítima, o segurado.

Por fim, cabe ressaltar que não convém formular judicialmente o pedido de indenização por dano moral cumulado com o pedido de restabelecimento do benefício previdenciário. Isso porque, embora sejam compatíveis os pedidos, o debate processual acerca de responsabilidade civil do Estado pode dilatar o trâmite processual indevidamente, prejudicando o trânsito em julgado do pedido relativo ao benefício previdenciário. De praxe, há que se oferecer duas ações autônomas, não sendo, contudo, necessário aguardar o desfecho da ação previdenciária para propor a ação de responsabilidade civil, desde que os requisitos para a responsabilização já estejam devidamente caracterizados, conforme demonstrado.

5. A JUDICIALIZAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA

A demanda de ações judiciais contra o instituto da alta programada é crescente. Diversas pessoas têm buscado a tutela jurisdicional, de maneira que a jurisprudência majoritária tem se inclinado no sentido de reconhecer a ilegalidade da alta programada. Uma matéria publicada no jornal Folha de São Paulo, em 25/02/2009, afirma que só na Justiça Federal paulista, segundo o presidente da ABRAT (Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas), cerca de 180 mil processos contestavam a alta programada.³⁶

Outrossim, várias entidades têm se esmerado no combate a esse instituto, tais como a Defensoria Pública da União, o Ministério Público Federal e forças sindicais.

É o caso, por exemplo, da Ação Civil Pública nº 2005.33.00.020219-8/BA, ajuizada pelo Ofício de Direitos Humanos e Tutela Coletiva, da DPU-BA, em litisconsórcio ativo com o Sindicato dos Bancários da Bahia, pleiteando, no mérito: a declaração da ilegalidade do programa “data de cessação de benefício (DCB)” ou “alta programada”, bem como sua extinção em todo território nacional; e a determinação de realização das perícias médicas em tempo hábil como requisito para prorrogação ou cancelamento do benefício de auxílio-doença. Atualmente esse processo encontra-se na Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, segundo informações colhidas no próprio sítio virtual do Tribunal³⁷.

O Ministério Público Federal da Bahia, igualmente, ajuizou Ação Civil Pública com o mesmo objeto, na qual veiculou os mesmos pedidos, acrescidos de pedido para que se determinasse que o INSS publicasse o teor da decisão em jornal de grande circulação.

Em que pese a referida ação permaneça até o momento em análise no TRF 1ª Região, recentemente, em Mandado de Segurança que versa sobre a mesma matéria, um acórdão da Segunda Turma desse Tribunal exarou:

PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA OFICIAL. AUXÍLIO-DOENÇA. CESSAÇÃO. ALTA

³⁶ Fonte: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2502200917.htm> >

³⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. <<http://portal.trf1.jus.br/portaltf1/pagina-inicial.htm>>

PROGRAMADA. OFENSA AO ARTIGO 62 DA LEI 8.213/91. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO.

1. Para que ocorra a cessação do benefício de auxílio-doença, o segurado deverá submeter-se a nova perícia médica para que seja comprovada a cessação da incapacidade, em respeito ao artigo 62 da Lei 8.213/91, que prescreve que não cessará o benefício até que o segurado seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência. Precedentes desta Corte.

2. Correta a sentença que garantiu ao impetrante o direito de não ter seu benefício de auxílio-doença suspenso até a realização de perícia médica administrativa conclusiva a respeito da capacidade laborativa.

3. Tratando-se de mandado de segurança, os efeitos financeiros retroagem à impetração. O pagamento de atrasados, relativos ao período pretérito à implantação do benefício podem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

4. Remessa oficial parcialmente provida, nos termos do item 3.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à remessa oficial..³⁸

Salta aos olhos a ilegalidade da alta programada. Além disso, sua inconstitucionalidade fica patente em acórdão lavrado pelo Tribunal Regional Federal 1ª Região:

CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - AUXÍLIO-DOENÇA - COMUNICAÇÃO DE SUSPENSÃO PRÉVIA DO BENEFÍCIO, SEM PRODUÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA - ALTA PROGRAMADA - NÃO-INSTRUÇÃO DA DEFESA COM DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DA INSTAURAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO - OPORTUNIDADE DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – NÃO OBSERVÂNCIA - ORDEM DE RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO MANTIDA – REJEITADA PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Rejeita-se a preliminar de inadequação da via eleita, porquanto caracterizada a existência de ato de autoridade passível de exame na via mandamental.

2. Não comprovando a autoridade apontada como coatora a instauração do devido processo administrativo e conseqüente concessão à prejudicada da oportunidade de contraditório e ampla defesa, revela-se patente a ilegalidade do ato de suspensão de benefício, nos termos do art. 5.º, LIV e LV, da Constituição Federal.

3. A garantia constitucional do devido processo legal exige que a autoridade administrativa, no exercício de suas atividades, atue de maneira não abusiva e não arbitrária, para que seus atos tenham legitimidade ético-jurídica.

4. "A suspeita de irregularidade na concessão de benefício previdenciário não enseja, de plano, a sua suspensão ou cancelamento, mas dependerá

³⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Mandado de Segurança nº 001668137.2006.4.01.3600. Relator: Desembargador Federal Francisco De Assis Betti. Segunda Turma. 22/08/2014 e-DJF1 p. 238.

de apuração em procedimento administrativo." (Súmula 160 do extinto Tribunal Federal de Recursos).

5. Configura ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa o ato impugnado que fixou uma data futura para cessar o benefício recebido pelo impetrante, presumindo sua recuperação, sem a necessária produção de perícia médica contemporânea, apta a justificar o retorno ou não às atividades laborais.³⁹

Estando presentes todos os requisitos para concessão ou prorrogação do benefício de auxílio-doença, constitui-se o direito líquido e certo em favor do segurado, de modo que a impetração de Mandado de Segurança é a via eleita mais indicada. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO-DOENÇA (ALTA PROGRAMADA). MATÉRIA DE DIREITO. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ILEGALIDADE DO "COPEs". NECESSIDADE DO RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO. ART. 515, §3º, DO CPC.

1. O mandado de segurança, remédio constitucional previsto no capítulo destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos (1º Dimensão), é cabível para a proteção de direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX). Ele não comporta dilação probatória, exigindo prova pré-constituída inequívoca do fato em que se funda o direito invocado.

2. Consoante uníssona jurisprudência desta T2/TRF1, pretendendo a parte discutir, por meio de mandado de segurança a cassação de auxílio-doença efetivada com base no assim chamado "sistema de alta programada", ou seja, a legalidade do procedimento na forma concebida pelo INSS para esses casos, do que resultou a suspensão do seu benefício, a questão é essencialmente de direito, sendo, assim, perfeitamente cabível seu deslinde em mandado de segurança (AMS 0027691-89.2008.4.01.3800/MG, Rel. JUIZ FEDERAL HENRIQUE GOUVEIA DA CUNHA [CONV.], T2/TRF1, e-DJF1 de 09/05/2014). Impropriedade de sentença que julgou extinto o feito sem resolução do mérito por inadequação da via eleita.

3. Utilizado o permissivo contido no §3º do art. 515 do CPC em relação ao autor em face do qual o processo foi extinto sem julgamento de mérito, pois a lide versa sobre questão eminentemente jurídica e está em condições de imediato julgamento ("causa madura").

4. Existência de inúmeras ações judiciais propostas por segurados que se consideraram prejudicados pelo procedimento denominado COPEs, no qual se estabelece um prazo certo para a duração do auxílio doença concedido e a necessidade de pedido de prorrogação, seguido de nova perícia, para que ele se mantenha, demonstra que a mencionada sistemática não se mostrou em nada vantajosa para aqueles que seriam os mais interessados.

5. A "latere", caso o INSS pretendesse otimizar os procedimentos relativos às perícias feitas para fins de concessão e revisão do benefício de auxílio-

³⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Mandado de Segurança nº 000063224. 2006.4.01.3307. Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado. Primeira Turma. 25/06/2007 DJ P. 51

doença, deveria ter estabelecido, primariamente, que na hipótese de pedido de prorrogação do benefício, para o qual se demandasse uma nova perícia, o pagamento da prestação ficaria assegurado até pelo menos a data para ela aprazada.

6. A regra infralegal combatida neste "mandamus" colide frontalmente com a determinação presente no art. 62 da Lei nº 8.213/91, dispositivo que garante ao segurado o direito à percepção do auxílio-doença até que se comprove a sua reabilitação, não havendo espaço, portanto, para prévias presunções de recuperação.

7. Apelação provida: sentença anulada e, no permissivo no §3º do art. 515 do CPC, segurança concedida.

Decisão: A Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à apelação.⁴⁰

Com respeito a possibilidade de responsabilização do Estado por danos causados pela alta programada, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região lavrou acórdão que ordenou ao INSS que indenizasse a segurada. É o que se vê:

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA - DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - LAUDO PERICIAL COMPROVANDO INCAPACIDADE LABORATIVA COM IMPOSSIBILIDADE DE REABILITAÇÃO - ATRASADOS - MARCO INICIAL - DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RECURSO PROVIDO E REMESSA DESPROVIDA.

I - A autora faz jus à concessão de aposentadoria por invalidez, nos termos do artigo 42 da Lei nº 8.213/91, em razão de sua incapacidade laborativa e impossibilidade de reabilitação profissional, atestadas por perito médico judicial, sendo devido o pagamento dos atrasados desde a indevida suspensão do auxílio doença;

II - Existência de dano moral a ser reparado. O conjunto fático probatório acostado aos autos induz à conclusão de que a Autarquia agiu de forma arbitrária e ilegal, restando demonstrados os pressupostos da responsabilidade civil objetiva;

III - Fixados os honorários advocatícios em R\$ 2.000,00, tendo em vista que o réu sucumbiu em relação a todos os pedidos da exordial;

IV - Recurso da autora provido e remessa necessária desprovida.⁴¹

O inteiro teor do acórdão supramencionado ainda afirma:

Com efeito, o conjunto fático probatório acostado aos autos demonstra que a Autarquia agiu de forma arbitrária e ilegal, uma vez que cessou sumariamente os pagamentos do benefício da segurada, utilizando-se do que se convencionou chamar de "alta programada" (fls. 25), deixando de submetê-la à nova perícia médica para aquilatar a sua real capacidade laborativa, como também ao processo de reabilitação profissional para o

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Mandado de Segurança nº 000245993.2008.4.01.3600. Relator: Desembargador Federal Candido Moraes. Segunda Turma. 28/07/2014 e-DJF1 P. 69.

⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal 2ª Região. Apelação Civil nº 0811976-50.2010.4.02.5101. Relator: Desembargador Federal Antonio Ivan Athié. Primeira Turma Especializada. 14/11/2012.

exercício de outra atividade, em afronta ao disposto no art. 62 da Lei nº 8.213/91.

De fato, a imprescindibilidade da perícia médica é suscitada reiteradamente, figurando-se como pré-requisito para decisão da administração pública no sentido de prorrogar ou não o pagamento do benefício previdenciário. Assim:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO-DOENÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA. CESSAÇÃO POR ALTA PROGRAMADA. OFENSA AO ART. 62 DA LEI 8.213/91. IMPRESCINDIBILIDADE DA PERÍCIA.

1. Constitui o mandado de segurança ação cabível para proteger direito líquido e certo que está a sofrer lesão ou ameaça de lesão.
2. Correta a sentença que concedeu a segurança para determinar ao impetrado que restabeleça o benefício de auxílio-doença à parte impetrante até a realização de perícia médica, cujo resultado demonstre a capacidade para o retorno da atividade laboral.
3. A perícia médica é condição indispensável à cessação do benefício de auxílio-doença, pois somente ela poderá atestar se o segurado possui condição de retornar às suas atividades ou não.
4. A cessação do pagamento do benefício previdenciário de auxílio-doença através do simples procedimento de "alta programada" viola o art. 62 da Lei 8.213/91.
5. Apelação do INSS e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação do INSS e à remessa oficial.⁴²

A conduta arbitrária do INSS ao negar o benefício previdenciário devido, que possui natureza alimentar, é suficiente para a caracterização de dano moral:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA DESDE O REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E CONVERSÃO DESTE EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ A PARTIR DO LAUDO PERICIAL JUDICIAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DANOS MORAIS. RECURSO DA PARTE AUTORA PROVIDO.

1. Os pressupostos para a concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença diferem tão-somente quanto à possibilidade ou não de retorno ao mercado de trabalho.
2. In casu, a qualidade de segurada da Previdência Social perdurou até julho de 2000, e o primeiro requerimento de benefício ocorreu em abril de

⁴² BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Mandado de Segurança nº 001521168.2006.4.01.3600. Relator: Desembargador Federal Candido Moraes. Segunda Turma. 05/06/2014 e-DJF1 P. 616

2000, havendo prova nos autos de que nesta data a Apelante já se encontrava incapacitada para o trabalho.

3. Segundo perícia judicial, a Apelante possui retardo mental e personalidade esquizoide, sendo, ainda, portadora de retinopatia diabética leve com aumento da escavação no nervo óptico, e apresenta cicatriz macular de coriorretinite, o que, além de grave, evolui de forma crônica com progressivo agravamento e maior incidência de morbidade e mortalidade, além de ser estigmatizante, gerando sentimentos de desvalorização pessoal, com rebaixamento de autoestima.

4. A Apelante exerceu atividade laboral regular, ou seja, o mal incapacitante não era, à época, tão grave como à época do requerimento do benefício, que deveria ter sido concedido conforme exceção prevista na parte final do § 2º do art. 42 da Lei 8.213/91.

5. Devido a Apelante o auxílio-doença desde o primeiro indeferimento administrativo e a conversão deste em aposentadoria por invalidez a partir da data da perícia médica judicial, cuja conclusão foi no sentido de que a moléstia de que padece é de caráter permanente.

6. A Apelante ficou mais de dez anos sem receber qualquer benefício previdenciário, que possui caráter alimentar de substancial importância para a sua subsistência, cabendo a condenação do INSS ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a fim de compensar o dano sofrido e evidenciar o caráter educativo da medida.

7. Apelação conhecida e provida.

Nos casos em que não houver vara da justiça federal no domicílio do segurado, a ação poderá ser processada no âmbito da justiça estadual, nos termos do §3º do art. 109 da Constituição Federal, que ordena que sejam ali processadas as causas em que forem partes a instituição de previdência social e o segurado.

O INSS também poderá ser demandado em sede de ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, exemplificando:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

I -Verifico a presença de elementos que demonstram que a ora recorrida é portadora de cervicobraquialgia, dorsolombalgia crônica, acompanhada de poliartrite (CID M 54.2, M 54.9, M 54.4 e M 13), males que a tornam, ao menos temporariamente, incapacitada para o trabalho.

II - A plausibilidade do direito invocado pela parte autora tem o exame norteado pela natureza dos direitos contrapostos a serem resguardados.

III - Havendo indícios de irreversibilidade para ambos os pólos do processo, é o juiz, premido pelas circunstâncias, levado a optar pelo mal menor. In casu, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

IV - Não se justifica a alta programada regulamentada pelo Decreto nº 5844/2006, devendo o INSS designar perícia em data anterior ao cancelamento do benefício de auxílio-doença.

V - A Autarquia Previdenciária interrompeu o pagamento do benefício antes da realização de novo exame que deverá ser realizada no prazo máximo de 30 dias.

VI - A Lei n.º 8.437/92 se sujeita a interpretação restritiva, posto que limita o exercício de direito, não se enquadrando na vedação legal a matéria em apreço. Do mesmo modo o art. 1º da Lei n.º 9.494/97 não se aplica à hipótese dos autos, pois se refere apenas à vedação da concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública e, especificamente, no que concerne à majoração de vencimentos e proventos dos servidores públicos.⁴³

Até o momento, no entanto, aparentemente essa matéria não foi examinada pelos Tribunais Superiores pátrios⁴⁴. Apesar disso, a Súmula nº 160, de 06/06/1984, elaborada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos (criado pela Constituição Federal de 1946 e extinto em 1988), merece recordação especial em virtude de sua relevância na análise presente, como se vê:

Fraude na Concessão de Benefício Previdenciário - Suspensão ou Cancelamento - Procedimento Administrativo

A suspeita de fraude na concessão de benefício previdenciário, não enseja, de plano, a sua suspensão ou cancelamento, mas **dependerá de apuração em procedimento administrativo.**⁴⁵ (grifos nossos)

Não obstante essa Súmula não produza mais efeitos jurídicos de vinculação, não se pode menoscar seu valor como fonte de direito e orientação para interpretação normativa.

Em linhas gerais, a Turma Nacional de Uniformização – TNU também tem atuado no sentido de garantir a tutela judicial, mesmo em face da ausência do requerimento de prorrogação administrativa, inclusive questionando a qualidade do procedimento autárquico, tal como se depreende do julgado a seguir:

PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE TURMAS RECURSAIS DE DIFERENTES REGIÕES. AUXÍLIO-DOENÇA. MANUTENÇÃO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INTERESSE DE AGIR.

1. Ficou demonstrada a divergência entre a Turma de origem e a Turma Recursal do Rio Grande do Sul, no que diz respeito à possibilidade do

⁴³ BRASIL. Tribunal Regional 3ª Região. AI 307098. Rel. Juíza Marianina Galante, DJU 28.11.2007.

⁴⁴ O estudo cuidou de realizar buscas nos sítios virtuais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, utilizando os recursos disponibilizados para pesquisa jurisprudencial. Porém, nenhuma combinação de palavras-chaves relacionadas ao tema logrou êxito em encontrar qualquer manifestação sobre a alta programada.

⁴⁵ Fonte: < http://www.dji.com.br/normas_inferiores/sumula_tfr/tfr__160.htm >

ajuizamento de demanda, antes do prévio requerimento administrativo, perante a autarquia previdenciária.

2. Diante do amplo acesso ao Poder Judiciário, consagrado na Constituição Cidadã, não é razoável exigir que a parte se submeta a penoso procedimento administrativo, de duvidoso êxito, diante da iminência da cessação do pagamento do auxílio-doença, verba que tem natureza alimentar, em razão da proximidade da data designada para a “alta programada”.

3. Pedido de uniformização conhecido e improvido.

Evidenciou-se, por conseguinte, que tanto a ilegalidade quanto a inconstitucionalidade da alta programada suscitam incontáveis ações judiciais, de sorte que a tendência jurisprudencial massiva tem confirmado este entendimento. A imprescindibilidade da perícia médica é, sem dúvida, apontada como fator para essa conclusão.

CONCLUSÃO

O reconhecimento da fundamentabilidade dos direitos sociais, histórica, normativa, axiológica e estruturalmente, carece de maior efetivação, dado seu escopo libertário/igualitário e democrático/republicano. Apesar de os direitos sociais possuírem aplicabilidade imediata, em virtude do caráter constitucional que os reveste, sua materialização constantemente colide com interesses políticos e econômicos.

Viu-se que os direitos sociais emanam da própria natureza humana, inconformada com as desigualdades que a cercam. Desse inconformismo surge a busca pela efetivação dos direitos sociais como pressuposto para a concretização do Estado de Bem-Estar Social. Nesse interim, suscitou-se a concepção do direito social à felicidade, como parâmetro de efetivação dos direitos sociais, que encontra guarida na análise antropológica da sociedade contemporânea. Desta feita, denota-se que os direitos sociais são essências à busca pela felicidade, que passa a figurar como um direito social distinto, para o qual convergem os demais.

A principal obstaculização surge com a destemperada teoria da reserva do possível que, sob a égide do equilíbrio econômico das contas públicas, mitiga a efetividade dos direitos sociais e a garantia do mínimo existencial. Sob a alegação da necessidade de observância de ditames hermenêuticos de variada hierarquia principiológica, tais como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, muitas vezes esses direitos tornam-se inalcançáveis. Essa pesquisa, notadamente, dedicou-se a observar e dissecar uma das nuances delineada indiretamente por essa teoria, qual seja, o instituto da alta programada.

Sob esta ótica, o Decreto nº. 5.844, de 13 de julho de 2006 que concebeu a alta programada é flagrantemente inconstitucional e ilegal, como ficou evidenciado. Ademais, representa verdadeiro retrocesso social, vez que o arcabouço da legislação previdenciária ampara direitos e garantias que não coadunam com a norma referida. Frise-se, ainda, que o efeito do instituto afronta gravemente o princípio da dignidade da pessoa humana, posto que seja desumano suprimir o sustento do trabalhador e de seus dependentes, sobretudo em face de sua debilidade.

É impossível quantificar a proporção de decisões judiciais que concedem a tutela aos trabalhadores, frequentemente antecipando seus efeitos. Destarte, comprovada a permanência da incapacidade do segurado, determina-se judicialmente o restabelecimento do benefício, outrora cancelado pelo INSS. Contudo, mesmo que a jurisprudência já tenha reconhecido a inconstitucionalidade e a ilegalidade da alta programada de modo frequente, bem como reiterado a indispensabilidade das perícias médicas, os benefícios continuam sendo automaticamente cancelados de forma reiterada.

A pecha de inidoneidade atribuída a alguns segurados pelo instituto da alta programada não pode mais prevalecer. Tampouco pode ser utilizado o argumento de que o instituto promove a celeridade e otimização do serviço de atendimento. Não se pode promover a celeridade no atendimento às expensas do cerceamento desse serviço, notadamente prejudicando milhares de beneficiários. Igualmente, o ônus causado pelas fraudes cometidas contra o sistema previdenciário não pode ser utilizado como motivação para o cancelamento automático, por mera presunção da má-fé de alguns segurados.

Quanto à esfera jurisdicional, o caráter personalíssimo das decisões não se digna a corrigir o impacto difuso causado pela alta programada. Por essa razão é imperativo que o Projeto de Lei do Senado nº 89/2010, que pretende extinguir a alta programada, seja discutido e, terminantemente, aprovado.

Nesse contexto, buscou-se demonstrar que é possível responsabilizar o Estado por danos ocasionados pela aplicação do instituto da alta programada. Isso significa que, caso o cancelamento indevido do benefício tenha ocorrido, infligindo penúria, angústia e constrangimento exorbitantes ao segurado, por vezes miserabilidade, caracterizados estão os requisitos que configuram os danos morais. Assim, fica a administração pública obrigada a indenizá-lo, com base na teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado.

Conquanto os direitos sociais sejam uma conquista muito recente no cenário brasileiro, não é aceitável qualquer resignação ou desídia com base nessa premissa. Felizmente, as intervenções judiciais em nosso ordenamento jurídico têm crescentemente corrigido essa falha institucional. Enquanto isso é aguardada a resolução definitiva dessa questão, ou por manifestação das Cortes Superiores, ou por ato normativo que revogue o instituto da alta programada.

Até que isso ocorra, é essencial manter essa discussão em voga, a fim de que sejam produzidos os frutos desejados.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BEVERIDGE, William. **O Plano Beveridge**. Trad. Almir Andrade. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL. **Congresso Nacional**. Projeto de Lei do Senado nº 89/2010. Publicado em 08/04/2010. <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=75593&tp=1>>. Acesso em: 25 out. 2014

BRASIL. **Decreto nº 5.844 de 13 de Julho de 2006**. Institui a alta programada (data de cessação do benefício). < <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.213 de 24 de Julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.< <http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal 1ª Região**. Mandado de Segurança nº 001668137.2006.4.01.3600. 22/08/2014 e-DJF1 p. 238; Mandado de Segurança nº 0000632242006.4.01.3307. 25/06/2007 DJ P. 51

BRASIL. **Tribunal Regional Federal 2ª Região**. Apelação Civil nº 0811976-50.2010.4.02.5101. 14/11/2012. DJ P. 64

BRASIL. **Tribunal Regional Federal 3ª Região**. Agravo de Instrumento nº 307098 DJU 28/11/2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira. **Manual de Direito Previdenciário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CAMPOS, Wânia A.F.L. **Dano Moral no Direito Previdenciário: Doutrina, Legislação, Jurisprudência e Prática**. Curitiba: Juruá, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Ícone, 1996.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. 21. ed.. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

HORVATH Jr., Miguel. **Direito Previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

KRELL, Andréas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Editor, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción**. Madrid: Trotta, 2007.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TRINDADE, Antônio A. Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: UnB, 1998.